



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2013

Missbrauch von Marktmacht: Artikel 7 Kartellgesetz in der Krise?

Heinemann, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-76363>

Book Section

Originally published at:

Heinemann, Andreas (2013). Missbrauch von Marktmacht: Artikel 7 Kartellgesetz in der Krise? In: Hochreutener, Inge. Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision = Pratique du droit de la concurrence: Abus de position dominante, procédure, révision. Zürich: Schulthess Verlag, 45-56.

Missbrauch von Marktmacht: Artikel 7 Kartellgesetz in der Krise?

*Andreas Heinemann**

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Art. 7 KG und das Bestimmtheitserfordernis
- III. Das Verhältnis von Art. 7 KG zum Europäischen Kartellrecht
- IV. Der Stellenwert der Wirtschaftswissenschaften
- V. Die Anwendung von Art. 7 KG im Kartellzivilrecht
- VI. Art. 7 KG und Immaterialgüterrechte
- VII. Reformbedarf?

I. Einleitung

Die Anwendungsgeschichte der direkten Sanktionen im Schweizer Kartellrecht beginnt mit Fällen zu Art. 7 KG: Für einen Missbrauch in einer *essential facilities*-Situation belastete die Wettbewerbskommission (Weko) den Flughafen Zürich mit einem Betrag i.H. von 101.000 CHF.¹ Kurz darauf folgte der zweite Anwendungsfall, wiederum zu Art. 7 KG: Die Weko belastete *Swisscom* mit einem Betrag i.H. von 333 Millionen CHF wegen Ausbeutungsmissbrauchs für Terminierungspreise im Mobilfunk.² Während der erste Fall durch einvernehmliche Regelung abgeschlossen wurde und Bestand hatte, wurde der Mobilfunkentscheid angefochten und durch die Gerichte aufgehoben.³ Weitere Art. 7 KG-Entscheide der Weko mit Verhängung direkter Sanktionen liegen vor, nämlich *Publigroupe*,⁴

* Ordinarius für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich und Vizepräsident der Wettbewerbskommission. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

¹ Weko, 18.9.2006 – *Flughafen Zürich AG (Valet Parking)*, RPW 2006, 625.

² Weko, 5.2.2007 – *Terminierung Mobilfunk*, RPW 2007, 241.

³ BVGer, 24.2.2010 – *Terminierungspreise im Mobilfunk*, RPW 2010, 242; BGE 137 II 199 (11.4.2011).

⁴ Weko, 5.3.2007 – *Publigroupe*, RPW 2007, 190; bestätigt durch BVGer, 27.4.2010, RPW 2010, 329; BGer v. 29.6.2012 (noch nicht veröffentlicht).

*Preispolitik Swisscom ADSL*⁵ und *Six/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.⁶ Die Gerichte werden zu entscheiden haben. Das hier entstehende Fallrecht wird grundsätzliche Weichenstellungen für die Auslegung von Art. 7 KG bringen. Während es zunächst danach aussah, als ob sich die Anwendung von Art. 7 KG an die reiche Praxis zur europäischen Parallelnorm, nämlich Art. 102 AEUV anlehnen würde, haben die Gerichtsentscheide im Mobilfunkfall nicht nur andere Akzente gesetzt, sondern für die Fallgruppe des Ausbeutungsmissbrauchs eine bewusste Abkehr vom europäischen Modell vorgenommen.

Im Rahmen dieses Impulsreferats kann keine systematische Auseinandersetzung mit dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen erfolgen.⁷ Es sollen vielmehr Schlaglichter geworfen werden, die von besonderer Bedeutung für die aktuelle Entwicklung sind, nämlich auf die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes an die Anwendung von Art. 7 KG (II.), das Verhältnis der Norm zum Europäischen Kartellrecht (III.), die Relevanz der Wirtschaftswissenschaften für die Auslegung des Missbrauchsverbots (IV.), den Stellenwert von Art. 7 KG im Kartellzivilrecht (V.) und die Wechselwirkungen mit dem Recht des geistigen Eigentums (VI.). Zum Schluss sollen Überlegungen zur zukünftigen Entwicklung von Art. 7 KG angestellt werden.

⁵ Weko, 19.10.2009 – *Preispolitik Swisscom ADSL*, RPW 2010, 116 (vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig).

⁶ Weko, 29.11.2010 – *Six/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, RPW 2011, 96 (vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig).

⁷ Auch die (vom Nationalrat am 21.12.2011 angenommene) Motion Birrer-Heimo bedürfte eigener Diskussion; s. hierzu beispielsweise die Kontroverse zwischen ZÄCH und WOHLMANN in NZZ v. 21.2.2012, S. 26. Ein neuer kartellrechtlicher Tatbestand unzulässiger Preisdifferenzierung wäre international ein Novum und würde gravierende Anwendungsschwierigkeiten auslösen, da Normadressaten ausschliesslich Unternehmen mit (Haupt-)Sitz im Ausland wären, vgl. HILTY/FRÜH, Potenzial und Grenzen der Revision von Art. 5 KG, in ZÄCH/WEBER/HEINEMANN (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes – Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich, St. Gallen 2012, Kapitel III.3. Es erscheint systemkonformer, bei der Bestimmung der Marktbeherrschung stärker auf die Abwesenheit ausreichender Ausweichmöglichkeiten abzustellen (vgl. Art. 12 Abs. 2 PüG) und so zu einer situationsadäquaten Auslegung des Beherrschungsbegriffs zu gelangen. Zur Diskussion um die Einbeziehung von Abhängigkeitsverhältnissen s. einerseits HEIZMANN, Relative Marktmacht, überragende Marktstellung – eine Analyse nach sechs Jahren Praxis, recht 2010, 172; andererseits BSK KG-REINERT/BLOCH, Basel 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 23 ff. Rechtsvergleichend s. DREXL, Rechtsharmonisierung mit punktuell eigenständigen Lösungen als Weg zur optimalen Wettbewerbspolitik, in ZÄCH/WEBER/HEINEMANN (oben in dieser Fussnote), Kapitel IV.4.

II. Art. 7 KG und das Bestimmtheitserfordernis

Die (auf der Grundlage von Art. 59a KG vorgenommene) Evaluation des Kartellgesetzes hat ergeben, dass Art. 7 KG-Fälle relativ selten einvernehmlich beigelegt werden, und dass Art. 7 KG-Entscheide am häufigsten angefochten werden.⁸ In der Tat eröffnet Art. 7 KG grössere Auslegungsspielräume als die anderen Grundnormen des Kartellrechts. Das Bundesverwaltungsgericht hat hieraus geschlossen, dass Missbräuche nur sanktioniert werden können, wenn sie einem der Regelbeispiele in der Liste des Art. 7 Abs. 2 KG zugeordnet werden können.⁹ Nach diesem Standpunkt sind allgemeine Missbräuche, die lediglich von Art. 7 Abs. 1 KG erfasst werden, die aber nicht in der Beispielsliste auftauchen, zwar verboten; sie können aber nicht mit einer direkten Sanktion belegt werden.

Diese Aufwertung der Regelbeispiele erscheint nicht konform mit ihrer Funktion. Es ist anerkannt, dass das Vorliegen eines Regelbeispiels kein hinreichendes Kriterium für einen Verstoß gegen Art. 7 KG darstellt.¹⁰ Entscheidend ist vielmehr, dass nach den allgemeinen Beurteilungsgrundsätzen ein Missbrauch vorliegt. Das Schwergewicht der Norm liegt also auf Art. 7 Abs. 1 KG, nicht auf den Beispielen, die lediglich, aber immerhin „interpretatorische Schützenhilfe“¹¹ leisten. Der Gesetzgeber hätte die Möglichkeit gehabt, die Sanktionierbarkeit wie bei den Wettbewerbsabreden auf bestimmte Verhaltensweisen einzuschränken. Er hat dies nicht getan. Leitend war der Gedanke, dass die Fälle des Marktmachtmissbrauchs ganz allgemein den Kernbeschränkungen im Bereich der Wettbewerbsabreden gleichstehen.¹²

Es erscheint nicht überzeugend, wenn das Gericht dem allgemeinen Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen in Art. 7 Abs. 1 KG „keinerlei Konturen“ attestiert.¹³ Wie das Gericht in anderem Zusammenhang selbst anerkannt hat, muss die hinreichende Bestimmtheit nicht unbedingt vollständig aus

⁸ S. EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ, Synthesebericht, Bern 2009 (www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02369/index.html?lang=en), Tz. 161, 163, 166.

⁹ BVGer, 24.2.2010 – *Terminierungspreise im Mobilfunk*, RPW 2010, 242 (267 f. unter 4.5.1 und 4.5.2).

¹⁰ S. BGE 129 II 497 (538, Erwägung 6.5.1) und Botschaft zum KG 1995, BBl 1995, 468 (570): „Die beispielhaft genannten Tatbestände beinhalten nicht etwa Vermutungen. Jeder einzelne Sachverhalt muss deshalb dahingehend überprüft werden, ob die in Artikel 7 Absatz I E enthaltenen generellen Missbrauchskriterien erfüllt sind“.

¹¹ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Basel 2010, Art. 7 KG N 25.

¹² Botschaft zur KG-Revision 2003, BBl 2002, 2022 (2036): „In ihrer verheerenden Wirkung für das Funktionieren des Wettbewerbs unterscheiden sie sich von harten Kartellen nicht“.

¹³ BVGer, 24.2.2010 – *Terminierungspreise im Mobilfunk*, RPW 2010, 242 (267 unter 4.5.1); BVGer, 27.4.2010, RPW 2010, 329 – *Publigroupe* (360 unter 8.1.5.1).

dem Normtext folgen; sie kann sich auch aus einer ausreichenden Fallpraxis ergeben. Zu Recht stellt das Bundesverwaltungsgericht für Normen, die europäischem Recht nachgebildet sind, nicht nur auf die Existenz einer inländischen, sondern auch einer ausländischen, nämlich EU-Praxis ab.¹⁴ Was die inländische Fallpraxis betrifft, so hat die im Rahmen der KG-Evaluation gemachte Bestandsaufnahme für den Zeitraum 1997 – 2007 dreissig Art. 7 KG-Fälle zu Tage gefördert.¹⁵ Die europäische Fallpraxis zum Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen ist besonders reichhaltig. Das Bundesverwaltungsgericht kann zum Ergebnis mangelnder Fallpraxis nur deshalb kommen, weil es sehr hohe Anforderungen an die Einschlägigkeit einer Fallpraxis stellt: Das Gericht stellt im Mobilfunkfall darauf ab, ob im europarechtlichen Kontext „ex-post-Verfahren“ existieren, die „sich in vergleichbarem Sinne mit Terminierungspreisen auseinandergesetzt und der Beschwerdeführerin hätte[n] Anhaltspunkte liefern können, dass die von ihr geforderten Terminierungspreise *Wettbewerbsrecht* verletzen könnten.“¹⁶ Demgegenüber sollte bereits dann von einer einschlägigen Fallpraxis ausgegangen werden, wenn die sich in einem konkreten Fall allgemein stellenden Probleme bereits behandelt worden sind. Geht es hier um die Fallgruppe des Ausbeutungsmissbrauchs, wäre also richtigerweise die Frage zu stellen, ob es für die Bestimmung eines missbräuchlichen Preisniveaus ausreichende Erfahrungen gibt.¹⁷

Selbst wenn eine einschlägige Fallpraxis fehlt, sollte es nach der hier vertretenen Auffassung für die Zwecke der Bestimmtheit ausreichen, wenn der einschlägige Tatbestand in der Lehre ausreichend konturiert wurde. Dies ist beim Ausbeutungsmissbrauch der Fall, da es reiches Material zur Methode der Kostenbegrenzung und zum Vergleichsmarktkonzept gibt.¹⁸ Es tritt hinzu, dass im Schweizer Recht zusätzliche Anwendungssicherheit dadurch geschaffen wird, dass die Heranziehung der Beurteilungselemente des Art. 13 PüG im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG anerkannt ist.¹⁹

¹⁴ BVGer, 24.2.2010 – *Terminierungspreise im Mobilfunk*, RPW 2010, 242 (266 f. unter 4.4.1); BVGer, 27.4.2010, RPW 2010, 329 – *Publigroupe* (361 unter 8.1.5.1).

¹⁵ EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ, Statistik zum Ausgang der Verfahren der Wettbewerbsbehörden, Projektbericht P5 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern 2008, Tz. 24 ff. mit Anhang „Bewertete Verfahren nach Art. 7 KG“. Es handelt sich hierbei um Art. 7 KG-Fälle allgemein. Zum Bezug dieser Fälle zum Preismissbrauch s. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Basel 2010, Art. 7 KG N 253 ff.

¹⁶ BVGer, 24.2.2010 – *Terminierungspreise im Mobilfunk*, RPW 2010, 242 (267 unter 4.4.1), Hervorhebung im Original.

¹⁷ Zum europäischen Recht s. beispielsweise die Nachweise bei MÖSCHEL, in IMMENGA/MESTMÄCKER (Hrsg.), Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, 4. Aufl., München 2007, Art. 82 EGV Rn. 132 ff.

¹⁸ S. z.B. die Nachweise in BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Basel 2010, Art. 7 KG N 247 ff.

¹⁹ ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 695. Zu Art. 13 PüG s. WEBER, Stämpfli Handkommentar zum Preisüberwachungsgesetz, Bern 2009, Art. 13 PüG N 1 ff.

Der Vorwurf der Konturenlosigkeit in Bezug auf Art. 7 Abs. 1 KG ist vor dem Hintergrund der jahrzehntelangen Beschäftigung mit dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen unberechtigt. Praxis und Lehre haben das gemacht, was bei Generalklauseln immer gemacht wird, um Anwendungssicherheit zu schaffen: Es wurden Fallgruppen entwickelt, nicht zuletzt die grundlegende Unterteilung in Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch. Zudem leisten die Wirtschaftswissenschaften Hilfestellung: Mit dem Konzept des *anti-competitive foreclosure* haben sie gezeigt, dass der Ausschluss von aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern von Lieferquellen (*input foreclosure*) oder Märkten (*customer foreclosure*) ein hinreichend bestimmtes Kriterium zur Unterscheidung von Missbrauch und legitimem geschäftlichen Verhalten darstellt.²⁰ Es bereitet heute deshalb keine Schwierigkeit, Ausschliesslichkeitsbindungen als missbräuchlich zu qualifizieren, die von einem marktbeherrschenden Unternehmen praktiziert werden, und die darauf zielen, Konkurrenten von den Lieferquellen abzuschneiden oder ihnen die Kunden zu entziehen. In der Liste des Art. 7 Abs. 2 KG finden sich die Ausschliesslichkeitsbindungen nicht, jedenfalls nicht als solche.²¹ Sollte das Schweizer Kartellrecht nicht in der Lage sein, direkte Sanktionen in einer Fallgruppe zu verhängen, die eine wettbewerbswidrige Marktverschliessung par excellence darstellt? Soll ein gegen Art. 7 Abs. 1 KG verstossendes Unternehmen mit dem Argument gehört werden, es habe nicht voraussehen können, dass marktverschliessende Ausschliesslichkeitsbindungen als missbräuchlich gewertet werden? Eine Sanktionierung wäre dann nur möglich, wenn man Art. 7 Abs. 2 lit. e KG (Leistungseinschränkung) auf Ausschliesslichkeitsbindungen erstreckt und Einigkeit über die zusätzlichen Anforderungen erzielt.²² Deutet man Art. 7 Abs. 2 lit. e KG hingegen als allgemeinen Auffangtatbestand für alle Formen des Behinderungsmissbrauchs,²³ liegt immer ein Regelbeispiel vor, so dass sich die Frage der hinreichenden Bestimmtheit von Art. 7 Abs. 1 KG nicht mehr stellt.

Abschliessend sei bemerkt, dass nicht alle Staaten dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen eine Beispielsliste anfügen. Sollen beispielsweise die Niederlande, die sich in Art. 24 ihres Kartellgesetzes mit der Generalklausel begnügt haben, durch das Bestimmtheitsgebot des Art. 7 Abs. 1 EMRK an der Verhängung von Sanktionen gehindert sein? Dies erscheint jedenfalls für den Bereich der anerkannten Missbrauchsformen nicht angemessen.

²⁰ Vgl. hierzu EUROPÄISCHE KOMMISSION, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 C 45/7, Tz. 19 ff.

²¹ Zu Art. 7 Abs. 2 lit. e KG s. sogleich.

²² S. z.B. BORER, Wettbewerbsrecht I, 3. Aufl., Bern 2011, Art. 7 KG N 26: Der Tatbestand der Leistungseinschränkung sei strikt auf gezielte Behinderungen zu beschränken.

²³ In diesem Sinn BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Basel 2010, Art. 7 KG N 398.

III. Das Verhältnis von Art. 7 KG zum Europäischen Kartellrecht

Die Botschaft zum KG 1995 enthält den Satz: „Die laufende Kartellrechtsrevision hat nicht primär einen europapolitischen Hintergrund, sondern ergab sich vor allem aus der Diskussion um die Verbesserung der Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz.“²⁴ Im Mobilfunkentscheid interpretiert das Bundesgericht diese Passage wie folgt: „Die Kartellgesetznovelle von 1995 hatte keinen besonderen europapolitischen Hintergrund.“²⁵ Es ist der Ansicht, dass der Gesetzgeber nicht „in erster Linie“ europäisches Recht autonom nachvollziehen wollte, sich aber immerhin bei der Formulierung der Missbrauchstatbestände an europäisches Recht anlehnte. Auch aus gleicher Terminologie könne aber nicht abgeleitet werden, „dass zwingend eine identische Regelung angestrebt war“.²⁶

Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht schlagen beim Ausbeutungsmissbrauch bewusst einen anderen Weg ein. Der in der deutschen Fassung des Kartellgesetzes verwendete Begriff der „Erzwingung“ (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG)²⁷ wird so interpretiert, dass von einer Erzwingung dann keine Rede sein könne, wenn sich die Opfer der Monopolpreise an die einschlägige Regulierungsbehörde hätten wenden können. Dem Tatbestandsmerkmal der „Erzwingung“ wird damit eine andere Bedeutung als im EU-Kartellrecht zugemessen, wo trotz weitgehender sprachlicher Übereinstimmung der Missbrauch in der Durchsetzung unangemessener Preise auf der Grundlage wirtschaftlicher Macht gesehen wird.²⁸ Es ist frag-

²⁴ Botschaft zum KG 1995, BBl 1995, 468 (484). Der Satz ist offenbar taktischer Natur: Nach dem Nein zum EWR sollte der Eindruck vermieden werden, dass eine Übernahme des europäischen Kartellrechts durch die Hintertür erfolge. Der „europapolitische Hintergrund“ des KG 1995 ist weithin anerkannt, s. beispielsweise BORER, Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung, in FORSTMOSER/VON DER CRONE/WEBER/ZOBL (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift ROGER ZÄCH, Zürich 1999, S. 217 ff.; KELLERHALS, Wettbewerb in der Schweiz, in SETHE/HEINEMANN/HILTY/NOBEL/ZÄCH (Hrsg.), Kommunikation – Festschrift ROLF H. WEBER, Bern 2011, S. 289 (298); STOFFEL, Swiss Competition Law: Where from and where to?, in GAUCH/WERRO/PICHONNAZ (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genf, Zürich, Basel 2008, S. 677: „Swiss competition law has undergone an important reform in 1995, heavily influenced by European law“.

²⁵ BGE 137 II 199 (209).

²⁶ Ibid.

²⁷ In der französischen und italienischen Fassung werden die Formulierungen „le fait d'imposer“ und „imposizione“ verwendet, also Termini, denen auf Deutsch Wörter wie „Auferlegung“ oder „Durchsetzung“ entsprechen. Interessanterweise ist das Bundesgericht der Auffassung, dass die „französisch- und italienischsprachigen Gesetzestexte [...] sich insofern nicht wesentlich von der deutschen Fassung [unterscheiden]“, BGE 137 II 199 (210).

²⁸ S. nur EuGH, 16. 7. 2009, Rs. C-385/07 P – *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Kommission*, Slg. 2009, I-6155, Tz. 142: „In derselben Randnummer des angefochtenen Urteils hat das Gericht auf die ständige Rechtsprechung hingewiesen, wonach eine missbräuchliche Ausnutzung

lich, ob die hohen Anforderungen an die Modalität des Preismissbrauchs Sinn und Zweck der Vorschrift entsprechen. Das Verbot des Ausbeutungsmissbrauchs will verhindern, dass Marktmacht instrumentalisiert wird, um Preise durchzusetzen, die erheblich von Konditionen unter Wettbewerb abweichen.²⁹ Diese Gefahr besteht auch dann, wenn spezielles Regulierungsrecht existiert.

Im Kontext der Telekommunikationsregulierung sind die hohen Anforderungen an die „Erzwingung“ besonders misslich: In einem Regulierungssystem mit blosser *ex post*-Aufsicht ist das Bedürfnis nach kartellrechtlicher Kontrolle noch stärker als in der EU mit ihrer *ex ante*-Regulierung. Die Gerichte hätten sich jedenfalls mit dem europäischen Fallrecht auseinandersetzen müssen, nach dem ein preisbezogener Missbrauch (in Form der Kosten-Preis-Schere) sogar dann vorliegen kann, wenn die betreffenden Tarife zuvor vom zuständigen Regulator genehmigt worden sind.³⁰

Die Kontroverse um das Merkmal der „Erzwingung“ bringt eine tiefe Verunsicherung zum Ausdruck. Inwieweit besteht noch die Bereitschaft zu europarechtsfreundlicher Auslegung, wenn schon bei nahezu wortgleichen Vorschriften deutlich abweichende Bedeutungen ermittelt werden? Die Gerichte werden zu klären haben, welchen Stellenwert sie in Zukunft der Orientierungsfunktion europäischer Modellnormen einräumen möchten.

IV. Der Stellenwert der Wirtschaftswissenschaften

Geht es um den Einfluss der Wirtschaftswissenschaften auf das Kartellrecht, so werden häufig die Gefahren unterstrichen, die der Rechtssicherheit von übertriebener Einzelfallbetrachtung drohen. Ausserdem wird auf die Kosten hingewie-

einer beherrschenden Stellung vorliegt, wenn das Unternehmen, das diese beherrschende Stellung innehat, für seine Dienstleistungen einen Preis *verlangt*, der gemessen am wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung unbillig oder unverhältnismässig ist“ (Hervorhebung durch Verfasser).

²⁹ S. die Kritik bei HEINEMANN, Direkte Sanktionen im Kartellrecht – Das Swisscom-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Jusletter 21. Juni 2010; VAHRENHOLT, Das Tatbestandsmerkmal des „Erzwingens“ in EVD/Swisscom (Schweiz) AG, SZW 2011, 497; WEBER, „Erzwingung unangemessener Preise“ – Wohin geht der Weg?, Jusletter 1. November 2010. Die Position der Gerichte wird (im Ergebnis) unterstützt von AMSTUTZ, Anmerkung, sic! 2011, 530; ZIMMERLI, Mobilfunkterminierung: Swisscom hat nicht gegen das Kartellgesetz verstossen, in: Push-Service Entschiede, 10. Mai 2011.

³⁰ EuGH, 14.10.2010, C-280/08 P – *Deutsche Telekom/Kommission* (noch nicht in der amtlichen Sammlung), Tz. 77 ff. Der Gerichtshof bestätigte in seinem Entscheid das Urteil des Gerichts vom 10.4.2008, T-271/03, Slg. 2008, II-477.

sen, die durch umfangreiche Faktenrecherche steigen. Nicht immer werden die Chancen ausreichend gewürdigt, die von einer Verfeinerung des ökonomischen Instrumentariums ausgehen. Auf den analytischen Fortschritt wurde bereits hingewiesen, der vom Konzept der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung ausgeht.³¹ Der Beitrag industrieökonomischer Erkenntnisse ist umso höher zu gewichten, als leicht vergessen wird, dass beim Missbrauch marktbeherrschender Stellungen immer schon grosse Einzelfallbezogenheit und damit verbundener Ermittlungsaufwand herrschten. Ökonomische Konzepte können die Anwendungssicherheit vergrössern und Kosten hierdurch reduzieren. Eine stärkere Ökonomisierung bedeutet auch nicht notwendigerweise, dass Verhaltensweisen immer direkt am Effizienzkriterium zu messen wären. Im Prioritätenpapier der Europäischen Kommission zum Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen, das man als Übernahme des *more economic approach* in die zweite Säule des Kartellrechts interpretieren kann, wird dem Schutz des Wettbewerbsprozesses ein hoher Stellenwert eingeräumt. Es solle sichergestellt werden, „dass Unternehmen in marktbeherrschender Stellung ihre Wettbewerber nicht durch andere Mittel als die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Produkte bzw. Dienstleistungen vom Markt ausschliessen.“³² Dem Kriterium des Leistungswettbewerbs kann also weiter Rechnung getragen werden.

Dies ändert allerdings nichts am Befund steigender Komplexität. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Hinblick auf Defizite bei der Vorhersehbarkeit von Art. 7 KG-Entscheiden wie folgt formuliert: Es trete erschwerend hinzu, „dass anerkanntermassen eine Vielfalt wirtschaftstheoretischer Erklärungsmodelle zur Verfügung stehen, die Lehrmeinungen zufolge beinahe jedes Ergebnis einer Kartellgesetzanwendung einer ökonomischen Rechtfertigung zugänglich machen und deshalb den Rechtsanwender vor erhebliche methodische Probleme stellen“.³³ In der Tat wird in der Literatur eine „Resonanz-Pflicht“ angenommen: Der wirtschaftswissenschaftliche „Markt der Ideen“ sei aufmerksam zu beobachten; der Rechtsanwender habe aber eine autonome Entscheidung in der Frage zu treffen, welche Konzepte er übernehmen möchte.³⁴

Die hieraus resultierende Komplexität kann allerdings reduziert werden. Die zu berücksichtigenden wirtschaftswissenschaftlichen Ansätze sind mit Hilfe der Regelbeispiele in Art. 7 Abs. 2 KG zu filtern:³⁵ Ein ökonomischer Ansatz, der

³¹ Oben unter II.

³² EUROPÄISCHE KOMMISSION, Erläuterungen zu den Prioritäten (oben Fn. 20), Tz. 6.

³³ BVGer, 24.2.2010 – *Terminierungspreise im Mobilfunk*, RPW 2010, 242 (267 unter 4.5.1); so auch BVGer, 27.4.2010 – *Publigroupe*, RPW 2010, 329 (360 unter 8.1.5.1).

³⁴ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Basel 2010, Art. 7 KG N 5.

³⁵ Erstmals vorgeschlagen vom Verfasser in einer Rezension des Basler Kommentars zum Kartellgesetz in GRUR Int 2011, 277 (278).

zu mindestens einem der Beispielsfälle in Art. 7 Abs. 2 KG in Widerspruch steht, scheidet für die Zwecke der Rechtsanwendung aus. Aus Art. 7 Abs. 2 lit. a KG folgt beispielsweise, dass Standpunkte nicht in Betracht kommen, die Kontrahierungszwang ausschliessen und nur auf die langfristige Erosion von Marktmacht setzen. Wegen Art. 7 Abs. 2 lit. c KG sind Ansätze zu eliminieren, die dem Marktbeherrscher die Monopolrente belassen möchten und hierin lediglich einen Anreiz für Marktzutritte in der Zukunft sehen. Dasselbe gilt wegen Art. 7 Abs. 2 lit. d KG für Theorien, die Preisunterbietungen in Verdrängungsabsicht für ungefährlich halten. So können die Regelbeispiele einen zusätzlichen Beitrag zur Rechtssicherheit leisten, ohne dass man so weit gehen müsste, ihr Vorliegen zur zwingenden Voraussetzung der Sanktionierbarkeit zu machen.

V. Die Anwendung von Art. 7 KG im Kartellzivilrecht

Der Nachweis eines Kartellrechtsverstosses bereitet den Opfern von Marktmachtmissbräuchen besondere Schwierigkeiten. Diese betreffen die beiden zentralen Tatbestandsmerkmale der Norm, also die Marktbeherrschung und den Missbrauch. Was die Existenz einer marktbeherrschenden Stellung betrifft, so sind die relevanten Märkte abzugrenzen, bevor der Nachweis der Beherrschung geführt werden kann. Im Verwaltungsverfahren werden diese Fragen nach dem Untersuchungsgrundsatz geklärt, wobei den Kartellbehörden umfassende Ermittlungsbefugnisse zustehen und die Parteien eine Mitwirkungspflicht trifft. Dem Kläger eines Zivilprozesses stehen diese Möglichkeiten nicht zur Verfügung. Handelt es sich um eine *follow on*-Klage, profitiert er zwar von den Feststellungen der Kartellbehörde.³⁶ Bei *stand alone*-Klagen herrscht aber eine deutliche Informationsasymmetrie zu Lasten des Klägers.

Was den Nachweis eines Missbrauchs betrifft, so ist zu differenzieren: Manche Verhaltensweisen, wie z.B. die Lieferverweigerung oder die Kopplung treten offen zu Tage. Für andere Missbrauchsformen, wie z.B. Preisausbeutung oder Kampfpreisunterbietung bedarf es hingegen sensibler Informationen über die Kostenstruktur des Marktbeherrschers oder über die von ihm auf anderen Märkten praktizierten Konditionen. Es sei hinzugefügt, dass die zunehmende Ökono-

³⁶ Auch wenn diesen nach geltendem Recht keine formelle Bindungswirkung zukommt. Bedauerlicherweise wird eine solche Bindungswirkung auch in der Botschaft des Bundesrates vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde (BBl 2012, 3905) nicht vorgeschlagen.

misierung des Kartellrechts zu steigenden Anforderungen an die Faktengrundlage führt.³⁷

Die besonderen Probleme in der Beweisführung eines Art. 7 KG-Falls unterstreichen das Bedürfnis nach einer besseren Austarierung im Bereich der Vermutungen, Beweiserleichterungen und Offenlegungspflichten. In Deutschland existiert beispielsweise eine Vermutung der Einzelmarktbeherrschung ab einem Marktanteil von einem Drittel.³⁸ In Österreich greift die Vermutung der Einzelmarktbeherrschung ab einem Marktanteil von 30 Prozent.³⁹ Auch wenn solche Vermutungen die industrieökonomischen Erkenntnisse, z.B. die Bedeutung der Marktzutrittsschranken, nicht ausreichend reflektieren, führen sie doch dazu, dass spezifische Fakten von demjenigen Unternehmen vorzulegen sind, das die grösste Nähe hierzu hat. In jedem Fall sollten Opfer von Kartellverstössen besseren Zugang zu Beweismitteln in der Hand des Delinquenten erhalten. Die Botschaft 2012 zur KG-Revision⁴⁰ verzichtet auf entsprechende Vorschläge. Die Befürchtung von beweisbezogenen Fischzügen und exzessiven Klagen könnte aber dadurch ausgeräumt werden, dass an die Pflicht zur Vorlegung von Beweismitteln hohe Voraussetzungen gestellt werden.⁴¹ Nur wenn es gelingt, die besonderen Schwierigkeiten der Beweisführung zu überwinden, wird es zu einer Bedeutungszunahme der zivilrechtlichen Durchsetzung von Art. 7 KG kommen.⁴²

³⁷ Zum Einfluss des *more economic approach* auf die zivilrechtliche Verfolgung von Marktmachtmisbräuchen im europäischen Kartellrecht s. MACKENRODT/CONDE GALLEGOS/ENCHELMAIER (Hrsg.), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, Berlin 2008.

³⁸ § 19 Abs. 3 S. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Im Zuge der laufenden 8. GWB-Novelle soll dieser Wert auf 40 Prozent angehoben werden, s. den Vorschlag eines neuen § 18 Abs. 4 GWB im Entwurf der Bundesregierung, *Achtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/gwb-novelle,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf).

³⁹ § 4 Abs. 2 Nr. 1 des österreichischen Kartellgesetzes.

⁴⁰ Oben Fn. 36.

⁴¹ Man könnte sich hierfür an den Ausführungen im einschlägigen Weissbuch der Europäischen Kommission orientieren, s. EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Weissbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, 2.4.2008, KOM(2008) 165 endgültig, Kapitel 2.2. S. auch Rule 16 der AMERICAN LAW INSTITUTE/UNIDROIT *Principles of Transnational Civil Procedure*, www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm.

⁴² Ein völlig isoliertes Beispiel für eine erfolgreiche Art. 7 KG-Schadenersatzklage ist: Handelsgericht des Kantons Aargau, 13.2.2003, *Allgemeines Bestattungsinstitut gegen den Kanton Aargau*, RPW 2003, 451: Der Schadenersatzanspruch des ausgeschlossenen Bestattungsinstituts wurde auf Art. 12 in Verbindung mit Art. 5 und 7 KG gestützt.

VI. Art. 7 KG und Immaterialgüterrechte

Viele Art. 7 KG-Fälle haben ein Bezug zum Recht des geistigen Eigentums. Immaterialgüterrechte verschaffen zwar nicht als solche eine marktbeherrschende Stellung. Sie errichten aber Marktzutrittsschranken⁴³ und können einen Umstand im Gesamtableau darstellen, der zur Annahme von Marktbeherrschung führt. Mit zunehmender Schutzrechtsdichte steigt die Anzahl der Fälle, in denen es zu Spannungen zwischen Immaterialgüterrechten und dem Missbrauchsverbot kommt. Konkrete Beispiele sind die Lizenzverweigerung, die Zurückhaltung von Schnittstelleninformationen, die Schutzrechtserschleichung, Patenthinhalte und Patenttrolle. Ausser wenn es um Einfuhrbeschränkungen geht,⁴⁴ formuliert Art. 3 Abs. 2 S. 1 KG eine Einschränkung des kartellgesetzlichen Anwendungsbereichs für „Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben“. Die Vorschrift stammt aus einer Epoche, in der ein genuiner Konflikt zwischen Immaterialgüterrecht und Kartellrecht angenommen wurde.⁴⁵ Die Auffassungen über das Verhältnis der beiden Rechtsgebiete haben sich längst gewandelt. Art. 3 Abs. 2 S. 1 KG ist zunehmender, nahezu einhelliger Kritik ausgesetzt.⁴⁶ Die Lehre bemüht sich um eine restriktive Handhabung.⁴⁷ In der Praxis werden die Grenzen der Norm intensiv ausgeleuchtet.⁴⁸ Häufig führt dies dazu, dass Überlegungen, die eigentlich in die Prüfung von Art. 7 KG gehören, bereits im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 S. 1 KG angestellt werden.⁴⁹ Dies ist unbefriedigend und erweckt den Verdacht, dass eigentliche Wettbewerbsbeschränkungen dem Anwendungsbereich des Kartell-

⁴³ Im Zusammenhang mit dem Recht des geistigen Eigentums darf der Begriff der Marktzutrittsschranke nicht pejorativ verstanden werden, vgl. C. C. VON WEIZSÄCKER, Marktzutrittsschranken, in OBERENDER (Hrsg.), Effizienz und Wettbewerb, Berlin 2005, S. 43 (46 ff.).

⁴⁴ Dann Art. 3 Abs. 2 S. 2 KG.

⁴⁵ S. HEINEMANN, Demarkation von Immaterialgüter- und Kartellrecht? Eine kritische Analyse, in ZÄCH (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?, Zürich, St. Gallen 2009, S. 43 ff.

⁴⁶ Vgl. nur EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ, Studien zu Einzelbestimmungen (Art. 3 Abs. 2 KG: Einfuhrbeschränkungen, geistiges Eigentum; Art. 5 Abs. 4 KG: vertikale Vereinbarungen), Projektbericht P2 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern 2008, S. 15 Tz. 44: „Aus den genannten Gründen könnte aus juristisch-dogmatischer Sicht die ‚Sondernorm‘ von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und 2 KG grundsätzlich ersatzlos gestrichen werden“ (Hervorhebungen vom Verfasser entfernt).

⁴⁷ S. BSK KG-HILTY, Basel 2010, Art. 3 Abs. 2 KG N 21 ff.

⁴⁸ S. beispielsweise Weko – *Six/Terminals mit Dynamic Currency Conversion* (oben Fn. 6), RPW 2011, 96 (112 ff., Tz. 106 ff.): Art. 3 Abs. 2 S. 1 KG steht einer kartellrechtlichen Pflicht zur Offenlegung von Schnittstellen nicht entgegen.

⁴⁹ Bezeichnend Handelsgericht Bern, sic! 2006, 348 (353 f.) – *Anschlaghalter III*: Die *essential facilities*-Lehre wird bei Art. 3 Abs. 2 S. 1 KG geprüft, obwohl sie in den Kontext von Art. 7 KG gehört. Das Gericht kommt zum Ergebnis, dass kein Raum für die Anwendung des Kartellgesetzes bleibt.

gesetzes entzogen würden. Dabei würde erst eine Anwendung des Kartellrechts zeigen, ob überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. In diese Frage sind die immaterialgüterrechtlichen Wertungen einzubringen. Eine Neufassung von Art. 3 Abs. 2 KG ist deshalb dringend anzuraten.⁵⁰

VII. Reformbedarf?

Auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen lässt sich die Frage stellen, ob es Änderungen bei Art. 7 KG bedarf, z.B. der Einführung von Marktbeherrschungsvermutungen oder der Formulierung von mehr Regelbeispielen in Art. 7 Abs. 2 KG. Aus der Perspektive des Kartellzivilrechts sind Marktbeherrschungsvermutungen tatsächlich dringend angeraten, wenn auf besseren Zugang zu Beweismitteln verzichtet werden sollte. Was die Aufnahme zusätzlicher Regelbeispiele in den Katalog des Art. 7 Abs. 2 KG betrifft, so hängt alles vom zukünftigen Umgang mit dem Missbrauchsverbot unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit ab. Sollte der rechtsvergleichende Alleingang fortgesetzt, also die Sanktionierung allgemeiner Marktmachtmissbräuche ausgeschlossen werden, wäre eine Erweiterung des Katalogs unausweichlich. Sämtliche bekannten Missbrauchsformen müssten daraufhin untersucht werden, ob sie einem der Regelbeispiele zugeordnet werden können. Ist dies nicht der Fall (oder bestehen Zweifel), müsste der Gesetzgeber neue Beispiele formulieren.

Dieser Weg ist nicht empfehlenswert. Die Zweifel an der Bestimmtheit von Art. 7 Abs. 1 KG greifen nicht durch. Der Mobilfunkfall zeigt, dass nicht das Verhältnis von allgemeinem Missbrauchsverbot zu den Regelbeispielen, sondern der Verzicht auf die Orientierungsfunktion des europäischen Kartellrechts für Unsicherheit sorgt. Eine wichtige Aufgabe des zukünftigen Fallrechts wird darin bestehen, dem entgegenzusteuern und eine Krise von Art. 7 KG zu verhindern. Die Ökonomisierung des Kartellrechts sollte hierbei als Chance gesehen werden. Gewiss, die Wirtschaftswissenschaften bilden keinen monolithischen Block, dem einstimmige Antworten auf die relevanten Fragen zu entnehmen wären. Sie haben aber das Verständnis für die Gefahren von Marktmachtmissbräuchen gestärkt. Aufgabe der Rechtsanwendung ist es, eine begründete Auswahl unter den verschiedenen Ansätzen zu treffen. Die gesetzlichen Wertungen, insbesondere die Regelbeispiele in Art. 7 Abs. 2 KG, und die bisherigen praktischen Erfahrungen sind hierbei gebührend zu berücksichtigen.

⁵⁰ Konkreter Formulierungsvorschlag bei HEINEMANN (oben Fn. 45), S. 58.